

Populismo punitivo y una “verdad” construida

Julián Andrés Muñoz Tejada*

En una época de dictadura, y rodeados de enemigos por todas partes, en ocasiones hemos dado muestras de una delicadeza y de una bondad innecesarias.

Alexandr Solschenizyn

RESUMEN

El manejo populista del sistema penal tiene cada vez más auge en nuestro contexto. En este artículo se analiza la forma como el populismo punitivo marca las pautas en el diseño de la política-criminal, así como la efectiva producción de un discurso “verdadero” en torno a la pena de prisión perpetua. Se examina la relación existente entre los conceptos de política-criminal y populismo punitivo y la marcada tendencia a involucrar a los ciudadanos en su configuración.

* Abogado, Universidad de Antioquia.

ABSTRACT

Populist management of the criminal justice system is increasingly trendy in our context. This article discusses how the penal populism set the tone for criminal policy design, as well as the effective production of "real" speech around the penalty of life imprisonment. The article also examines the relationship between the concepts of criminal policy and penal populism and the strong tendency to involve citizens in its configuration.

PALABRAS CLAVE

Política-criminal, populismo punitivo, prisión perpetua, penas, verdad, sistema penal.

SUMARIO

A. Introducción. B. Política criminal e incremento en las penas. 1. Política Criminal: Apuntes generales. 2. Prevención general y motivación desde las normas penales. 3. Cadena perpetua: Antecedentes recientes para su instauración en Colombia. C. Populismo punitivo y cadena perpetua. 1. Populismo punitivo: precisiones para el caso colombiano. 2. Consecuencias político criminales del populismo punitivo. 3. Precisión conceptual. 4. Sentido común y construcción de la "verdad" frente a la cuestión penal. D. Conclusiones. E. Bibliografía.

A. Introducción

El delirio y el punitivismo permean la opinión pública colombiana y hasta se ha iniciado una recolección de firmas para reformar la Constitución Política. Los *mass media* y algunos políticos profesionales, pretenden analizar los problemas sociales, pero en realidad los abordan sólo en sus contornos. Caldean y explotan los miedos y la histeria de los ciudadanos para obtener utilidades de orden electoral. No fueron pocas las voces de apoyo a la prisión perpetua tras un episodio tan lamentable como la muerte de Luis Santiago¹, frente al que algunos incluso reclamaron la pena de muerte².

¹ Menor de once meses que, al parecer, fuera secuestrado y muerto por su padre en el municipio de Chía (Cundinamarca) el día 24 de septiembre de 2008. Esta información puede ser cotejada en cualquier periódico de esa época.

² En ese sentido el Vicepresidente de la República. En: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=681976>, web site consultado el día 21 de octubre de 2008.

Si bien el uso del derecho penal como instrumento de gobierno y como escenario residual del espectro político es algo que ya no causa conmoción, una movilización masiva de ciudadanos pidiendo un incremento de penas no se veía desde el año 1993, cuando se expidió el estatuto antisequestro³. En nuestro país se dibuja nuevamente un clamor de penas más drásticas.

En este artículo se intentan relacionar dos conceptos, como lo son la política criminal y el populismo punitivo, en el marco del debate que se generó en Colombia tras la iniciativa de reforma constitucional que pretende instaurar la pena de prisión perpetua para algunos delitos cuyos sujetos pasivos son niños (esencialmente homicidio y delitos contra la libertad y formación sexuales).

En ese sentido, se harán algunas reflexiones encaminadas a evidenciar cómo el incremento en las penas para algunos delitos es no sólo presionado por gran parte de la población, sino que suscita toda una suerte de discursos de exclusión y separación que arrojan como resultado la construcción de “nuevas verdades” en torno a la cuestión penal. Así, en la primera parte del escrito se hará una caracterización del concepto de política criminal y de la falsa percepción de que los incrementos punitivos son una medida idónea para reducir la comisión de delitos. En la segunda, se hará una revisión del concepto de populismo punitivo con las precisiones respectivas para el caso colombiano; y, finalmente, se intentará explicar la forma como el discurso punitivo desde una perspectiva populista no solo genera consensos, sino que además produce “verdades” que implican medidas punitivas concretas.

B. Política-criminal e incremento en las penas

1. Política- criminal: apuntes generales

En este escrito no se pretende realizar una arqueología del concepto de política-criminal, en su lugar, se realizará una breve reseña de algunas de las principales posturas que al respecto han sido formuladas. Para tal efecto, se comenzará con una pequeña exposición de autores, tanto

³ Ley 40 de 1993, que incrementó las penas hasta los 60 años, cuando concurrieran circunstancias de agravación punitiva, al delito de secuestro.

extranjeros como nacionales, y, al final, se intentará una caracterización del concepto de política-criminal en clave de discurso y prácticas.

En la doctrina extranjera, un autor como ZIPF no puede más que sentirse abrumado al tratar de aproximar una definición precisa de un concepto tan problemático. Comienza por exponer posturas de autores que van desde Feuerbach hasta Mezger, y concluye que

“(...)Política-criminal (...) es un sector objetivamente delimitado de la Política jurídica general: es la Política jurídica en el ámbito de la justicia criminal. En consecuencia, la Política-criminal se refiere al siguiente ámbito: determinación del cometido y función de la justicia criminal, consecución de un determinado modelo de regulación en este campo y decisión sobre el mismo (decisión fundamental politicocriminal), su configuración y realización prácticas en virtud de la función, y su constante revisión en orden a las posibilidades de mejora (realización de la concepción politicocriminal en particular). En este marco se impone especialmente a la Política-criminal la tarea de revisar y, en caso dado, acotar de nuevo la zona penal, así como medir la forma operativa de las sanciones según la misión de la justicia criminal”.

Con ello, la *Política-criminal* puede definirse brevemente como *obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal*.⁴

Por su parte, ROXIN desde una perspectiva más cercana a la dogmática jurídicopenal, pretende la vinculación de la ciencia del derecho penal a valoraciones de tipo político-criminal, así como edificar las categorías dogmáticas a partir de unos postulados político-criminales que les sirvan de fundamento. De tal suerte,

(...), por política-criminal entiendo, a diferencia por ejemplo de Liszt, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política-criminal del Estado de Derecho.(...)”⁵.

⁴ ZIPF, HEINZ. *Introducción a la política criminal*, pp. 3-4.

⁵ ROXIN, CLAUS. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, p. 58.

Del mismo modo, JESCHECK y WEIGEND en una perspectiva amplia, refieren el concepto de política-criminal a aspectos como las causas del delito, la corrección de los tipos penales, los posibles efectos preventivos de las sanciones penales, los límites del legislador para intervenir en la órbita de libertades del ciudadano y las relaciones entre el derecho penal sustantivo y derecho penal objetivo. Para estos autores, principios como el de culpabilidad, legalidad y humanidad son inseparables de cualquier criterio de justicia que pretenda construirse⁶.

En el ámbito nacional, autores como FERNÁNDEZ CARRASQUILLA⁷ parten de una doble acepción del concepto de política-criminal. Así, desde un plano descriptivo, y en consonancia con las posturas arriba expuestas, la política-criminal aparece como un conjunto de prácticas estatales encaminadas a prevenir la delincuencia, y, desde una perspectiva deontológica, la política-criminal debe, de un lado, valorar las normas legales y el accionar gubernamental de cara a los valores superiores del ordenamiento jurídico nacional e internacional, y, de otro, someter a una crítica externa tanto la teoría como la praxis para verificar su correspondencia con valores como la dignidad, legitimidad, justicia, libertad, entre otros.

En una línea más clásica⁸, para PÉREZ TORO hablar de política-criminal es preguntarse por la manera como se emplea el derecho penal y las finalidades que persigue⁹. Sin embargo, para este autor, “(...) la pregunta obvia que habría que hacerse la ingeniería político criminal, o que habría de plantearse quien determina, diseña y decide sobre políticas, programas y proyectos en esa materia, es ésta: ¿qué hacer para que las personas no delincan o qué hacer para que no delincan más?”¹⁰.

Finalmente, si como GROSSO GARCÍA, asumimos la política-criminal como la manera de ejercer “el poder en relación con el fenómeno criminal, actividad ésta que se realiza en un doble sentido: como definición

⁶ HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Tratado de derecho penal*, p. 24.

⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, p. 225.

⁸ El clasicismo al que aquí se alude refiere básicamente las posturas de reformadores como Beccaria y Bentham para quienes el quid de la cuestión penal se halla en la prevención del delito.

⁹ PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY. “Política-criminal y seguridad democrática”, p. 60.

¹⁰ *Ibíd.*

y como respuesta"¹¹, estamos admitiendo un par de cosas. En primer lugar, que la política-criminal es una práctica social¹² y, en segundo lugar, que por suponer dos momentos en su desarrollo (definición y reacción), todo programa de política-criminal se compone tanto de discursos como de prácticas¹³.

Frente a esto último, cuando se aluda al concepto de política-criminal, debe entenderse por ésta tanto una práctica social, como un mecanismo de control social¹⁴ que se despliega en dos momentos. En el primero de ellos, es decir, la definición frente al fenómeno criminal, implica la emergencia y consolidación de discursos que a su vez legitiman y permiten el segundo momento de realización de la política-criminal, esto es, la respuesta o, lo que es lo mismo, las prácticas punitivas que se siguen de poner en marcha tales discursos. En este orden de ideas, "se puede afirmar que el saber y el poder se articulan en una relación de interdependencia que vincula los dos momentos en que se ejerce la Política-Criminal (definición y respuesta)"¹⁵.

2. Prevención general y motivación desde las normas penales

Cuando la política-criminal es entendida como práctica social (mecanismo de control social si se quiere), tiene como una de sus finalidades la prevención del delito. Y esa es precisamente una de las principales exhortaciones que hiciera BECCARIA desde el siglo XVIII. En efecto, el

¹¹ GROSSO GARCIA, MANUEL SALVADOR. *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal*, p. 16.

¹² En tal sentido, informe final de la investigación *El Código Penal de 1980: antecedentes y contextos mirados desde la política criminal colombiana*, a cargo de los profesores LINA ADARVE CALLE y JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, investigación no publicada.

¹³ Así, por ejemplo en el programa político criminal inmerso en la adopción de la Doctrina de la Seguridad Nacional en el contexto colombiano. Muñoz Tejada, Julián Andrés. "Doctrina de la seguridad nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas", pp. 187-209.

¹⁴ En tal sentido, ADARVE CALLE, LINA y GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. *El Código Penal de 1980: antecedentes y contextos mirados desde la política criminal colombiana*. En el mismo sentido Lumia quien entiende por control social, "el conjunto de instrumentos y técnicas, dirigidos a presionar sobre los individuos para obtener de ellos conformidad de su comportamiento con ciertas reglas de conducta". LUMIA, GIUSEPPE. *Principios de Teoría Ideológica del Derecho* p. 19.

¹⁵ Informe final de la investigación *El Código Penal de 1980: antecedentes y contextos mirados desde la política criminal colombiana*, cit.

marqués de Beccaria sostenía, que “(m)ejor es prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de los bienes y de los males de la vida”.¹⁶

En consecuencia, partiendo de una pretendida e inobjetable aspiración de prevención, se empezaron a construir toda suerte de teorías que derivan de la aplicación de penas unos efectos externos a éstas¹⁷. Teorías que se aglutinan bajo los rótulos de absolutas y relativas. Las primeras, también conocidas como teorías retributivas, le atribuyen a la pena, como fin último, la consecución de la justicia o el restablecimiento del derecho que fue quebrantado. Por su parte, las teorías relativas, endilgan fines prevencionistas a las penas partiendo del supuesto de que éstas no sólo actúan sobre el autor (prevención especial), sino también sobre la comunidad (prevención general)¹⁸.

Pues bien, bajo tales creencias se han impulsado gran parte de las reformas penales en Colombia, aspirando a prevenir más eficazmente, o buscando penas más justas para ciertos delitos que comportan una inusitada gravedad y resonancia pública. En últimas, se incrementan penas, se crean delitos o se retiran controles de intervención al poder punitivo, creyendo que más penas, más delitos o procedimientos más expeditos arrojarán como resultado que los destinatarios de las normas penales obrarán absteniéndose de cometer delitos. Sin embargo, posturas como las de Bustos Ramírez o Max Weber, indican que otra es la interacción de los ciudadanos con las normas.

Para BUSTOS RAMÍREZ¹⁹, la norma, lejos de constituirse como mandato o imperativo para el ciudadano, lo que hace es generar un instructivo

¹⁶ BECCARIA, CESARE. *De los delitos y de las penas*, p. 87.

¹⁷ Así, Francesco Carrara: “El fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los ciudadanos, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda. Todas estas pueden ser consecuencias necesarias, de la pena, y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena continuaría siendo un acto inobjetable, aun cuando faltaran estos resultados”. CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal, parte general*, vol. II, p. 68.

¹⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de derecho penal, parte general*, pp. 112-113.

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARRÉE, HERNÁN. *Nuevo sistema de derecho penal*, pp. 41-43.

frente al cual el ciudadano siempre estará en posibilidad de adecuar su comportamiento o no. En resumidas cuentas,

"[...] la norma *instruye* simplemente en el sentido de que la persona tiene la más amplia gama de opciones para resolverlo o pasarlo por alto, pero que al mismo tiempo le *advierte* o *previene* que hay una alternativa específica, la que señala la norma, que le implicará una sanción. En otras palabras, la norma penal no está constituida simplemente por un comportamiento, sea de una persona, como en el imperativismo, sea del Estado, como en Kelsen, sino por una interacción de varios, por lo menos por quienes aparecen en la norma como "el que" (sujeto activo), "el otro" (sujeto pasivo) y "el que sanciona" (el Estado).

En estas condiciones difícilmente puede mantenerse todavía una concepción de la norma que la entienda simplemente como un imperativo o establecimiento de un deber y el delito como una simple transgresión a la norma, pues se estaría soslayando el proceso interactivo que se contiene en todo precepto penal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo y poniendo sólo el acento en el Estado cuya intervención reactiva está condicionada justamente a la producción de ese proceso interactivo (...)"²⁰.

Complementario a lo anterior, consideramos importante rescatar las palabras de MAX WEBER, quien desde la sociología plantea que la motivación conforme a derecho por parte de los destinatarios de las normas penales, bien puede darse por otro tipo de razones que nada tienen que ver con el acatamiento de las normas vigentes. En efecto,

"(e)l hecho de que algunos hombres se conduzcan de un determinado modo porque consideran que así está prescrito por normas jurídicas, constituye sin duda, un componente esencial para el nacimiento empírico real, de un "orden jurídico" y también para su perduración. Pero (...) no significa esto, en modo alguno, que todos y ni siquiera la mayoría de los participantes en aquella conducta obren en virtud de tal motivo. (...)"²¹.

Así las cosas, compaginando las posturas de Bustos y Weber es posible precisar un par de aspectos frente al uso reiterado de medidas político criminales como el incremento de las penas para algunos delitos. En primer lugar (y esto es perogrullesco), no existe certeza de que a mayores penas será menor la comisión de delitos. En segundo lugar, el hecho de que una

²⁰ Ibíd., p. 42.

²¹ WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, p. 252.

persona se abstenga de cometer delitos puede obedecer a motivaciones de tipo moral o ético, no necesariamente jurídicas. En tercer lugar, respecto a ciertos individuos que padecen patologías del tipo de la psicopatía o sociopatía²², es difícil pensar que una conminación penal como la prisión perpetua los haría desistir de su empresa criminal. Es bastante dudoso que una conminación penal determine a un sujeto que tenga algún trastorno psiquiátrico, a obrar conforme a los criterios normativos de las leyes penales. De hecho, los psicópatas por ser sujetos cuyas motivaciones poco tienen que ver con cuestiones como la moral o el derecho, mal podrían intimidarse o abstenerse de delinquir cuando un instructivo (léase ley penal) se los sugiere.

Se debe precisar que, por supuesto, este no es el espacio para teorizar sobre patologías mentales, sino para examinar aspectos puntuales de la forma como la cadena perpetua para agresores sexuales y homicidas de niños está calando en el imaginario de los ciudadanos, al punto de que mediante una iniciativa popular se pretende reformar el artículo 34 de la Constitución Política²³ en el sentido de que se permita la prisión perpetua para quienes cometan delitos como los arriba indicados y cuyos sujetos pasivos sean niños.

Como se expone en el acápite siguiente, si bien la implantación de la cadena perpetua no es una novedad en el historia reciente de Colombia, lo cierto es que es la primera vez que la niñez (o mejor una pretendida defensa de los niños) despierta un inusitado interés tanto en nuestros políticos como en los medios de comunicación y por supuesto en las personas del “común”.

²² Una definición aproximada de psicopatía permite afirmar que: “Los psicópatas no pueden empatizar ni sentir culpa, por eso interactúan con las demás personas como si fuesen cualquier otro objeto, las utilizan para conseguir sus objetivos. No necesariamente tienen que causar algún mal, pero si hacen algo en beneficio de alguien o de alguna causa aparentemente altruista es sólo por egoísmo, para su beneficio. Muchos autores suponen que la razón por la cual una persona psicópata es una persona perversa es porque se trata de sujetos cuya personalidad depende en gran medida de mantener el principio de realidad, pero careciendo de supervyo. Esto hace que la persona psicópata pueda cometer acciones criminales u otros actos cuestionables con total falta de escrúpulos, sin sentir culpa.” En: <http://es.wikipedia.org/wiki/Psicopat%C3%ADa>, web site consultado el 19 de octubre de 2008.

²³ Dice el artículo 34 de la Carta Política: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”.

3. Cadena perpetua: antecedentes recientes para su instauración en Colombia

La historia de la solicitud de instauración de la cadena perpetua no es reciente en el contexto colombiano. De hecho, han sido tan variadas las iniciativas como los delitos que han motivado que se hable de cadena perpetua. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, tenemos en el año 2000 la iniciativa del entonces presidente Andrés Pastrana para imponer la cadena perpetua a quienes cometieran delitos de desaparición forzada, torturas, masacres, secuestro y terrorismo²⁴. Después, en el año 2003, el entonces senador conservador Carlos Holguín Sardi formuló la propuesta de castigar con prisión perpetua a quienes cometieran secuestro.

“El autor de la propuesta es el senador conservador Carlos Holguín, presidente del Directorio Nacional Conservador, quien en su informe de ponencia del citado proyecto de acto legislativo señala que como no es posible que la opinión pública y las fuerzas políticas lleguen a un consenso en torno a la pena de muerte para los secuestradores, tal como se propuso en el pasado, sí debería abrirse la posibilidad de castigar a los secuestradores con la cadena perpetua.

Holguín sostiene que como el Tratado de Roma - que da vida a la Corte Penal Internacional- consagra la cadena perpetua para delitos de lesa humanidad como el secuestro y como ese estatuto fue incorporado a la legislación colombiana, es hora que se vaya pensando en esa posibilidad.

La propuesta también fue respaldada por el recién designado ministro del Interior, Sabas Pretelt, quien dice que a los secuestradores les deben ser impuestos castigos severos.

Yo creo que los secuestradores tienen que tener un castigo ejemplar, que tiemblen cada vez que estén pensando cometer el secuestro, ayudar a cometerlo o custodiar a los secuestrados, comenta el funcionario”.²⁵

En el año 2006, tras la puesta en escena del caso “Garavito” en el que una sola persona causó la muerte en forma dolosa a aproximadamente 200 menores de edad, la opinión pública reaccionó frente a la conveniencia de seguir asumiendo un ideal resocializador frente a casos en los que el sujeto

²⁴ En: www.eltiempo.com, sección información general, fecha de publicación 9 de diciembre de 2000.

²⁵ En: www.eltiempo.com, sección nación, Fecha de publicación 15 de octubre de 2003. Web site consultado el 19 de octubre de 2008.

es “irrecuperable”. Se comenzó a dibujar una tendencia incapacitadora de la ejecución penal, o lo que es lo mismo, las penas en casos como el de Garavito debían servir para contener un sujeto peligroso, no para brindarle tratamiento o reincorporarlo a la sociedad. En cualquier caso, fueron abundantes las voces de “expertos” que aprobaban la tendencia incapacitadora de las penas para los sociópatas.

En la siguiente cita se compilan las reacciones que entonces fueron suscitadas,

“Solo un milagro lo recupera...”

“Es un asesino en serie. Si sale de la cárcel seguirá matando”.

“Lo mejor es que permanezca alejado de la sociedad”.

Con estos drásticos conceptos, médicos siquiátras respondieron a EL TIEMPO interrogantes en torno a la probabilidad de que una persona como Luis Alfredo Garavito, condenado por asesinar a por lo menos 140 niños en Colombia y Ecuador, pueda rehabilitarse.

Decenas de correos en los que se pregunta si una persona como ésta puede reintegrarse y volver a vivir en sociedad han circulado por la red durante la última semana, después de que el Canal RCN transmitiera, el domingo 11 de junio, una entrevista con Garavito.

En el reportaje televisivo quedó planteada la posibilidad de que este hombre salga libre de la cárcel en cuatro años por rebaja de penas, luego de haber sido condenado 64 veces por la muerte de los menores. Por la figura de la acumulación de penas, el condenado debe pagar la más alta, en este caso, 31 años.

Penalistas consultados sostienen que un juez de ejecución de penas será finalmente el que determine en qué momento quedaría libre Garavito. De concederle beneficios por estudio, trabajo, jubileo entre otros, su pena se reduciría a 11 ó 13 años de cárcel.

La salida de este homicida podría truncarse si llegara a aparecer un nuevo proceso, pero por hechos y delitos diferentes por los que fue juzgado.

Peligro para la sociedad. Entre los interrogantes que se hacen los expertos en el tema es qué tanto verdaderamente ha cambiado esta persona en los años de cárcel que lleva y los que aún le hacen falta por cumplir, dentro de la condena por sus homicidios”²⁶.

²⁶ En: www.eltiempo.com, Sección nación, fecha de publicación 19 de junio de 2006. Web site consultado el 19 de octubre de 2008.

De esta manera, los niños comenzaron a ser la punta de lanza de políticos y medios masivos de comunicación para posteriores iniciativas que patrocinaron el establecimiento de la cadena perpetua en casos de homicidios y agresiones sexuales cometidas contra menores. El caso más reciente es, sin duda, el de Luis Santiago Lozano, menor que, al parecer, fue secuestrado y asesinado por su padre y otras personas en la población de Chía (Cundinamarca).

Ahora. El homicidio del menor Luis Santiago, no es el que dio lugar a la iniciativa popular que hoy pretende conseguir la pena de prisión perpetua. Creemos que ese fue un catalizador y una manera de instrumentalizar los sentimientos populares como la desazón, el ánimo de venganza o el desconcierto frente a hechos tan lamentables, para obtener réditos políticos a partir de la instauración de la cadena perpetua en la legislación penal colombiana.

La reciente iniciativa de reforma constitucional por vía de referendo comenzó el día 25 de junio del año 2009, con la finalidad de reformar el artículo 34 de la Constitución Política y así permitir la pena de prisión a perpetuidad para quienes cometan delitos como “homicidio, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro contra los menores de 14 años y menores de edad con discapacidad”²⁷. Los promotores de esta reforma²⁸ no se preguntan por la idoneidad de la medida para prevenir tales delitos, aseguran responder al clamor popular y ofrecer un homenaje póstumo a menores víctimas de homicidios o delitos sexuales.

“El lema de la campaña será “Firmemos por Nuestros niños y niñas prisión perpetua para violadores y asesinos”.

²⁷ En: www.semana.com, buscar noticias, 25 de junio de 2008. Web site consultado el 19 de octubre de 2008.

²⁸ Reforma que tuvo su primer auge tras el caso Garavito, frente al cual se afirmó: “Se busca responder al sentir nacional, tras las increíbles rebajas de penas con la que se está beneficiando el mayor asesino en serie de niños, Luis Alfredo Garavito, quien mató a cuchillo a más de 144 menores en diferentes ciudades (...). “El Estado Colombiano no sólo está fallando en las sanciones a quienes maltratan y abusan a los niños, como en el caso de Garavito, sino en muchos otros aspectos. Los presupuestos públicos deben reflejar la prioridad que debe tener la niñez. Esto significa que la protección y atención de los niños debe ser prioritaria y que los Jardines Infantiles, la nutrición infantil, los Colegios y los parques, deben ser más importantes que la pavimentación de calles o la construcción de avenidas (...)”. En: <http://www.gilmajimenez.com/comunicado%20cadena%20perpetua%20luna%20y%20gaviria.htm>, web site consultado el 21 de octubre de 2008.

El Comité Promotor del Referendo está integrado, entre otros, por el Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán Arana; el Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón; Rafael Santos Calderón, Co-Director del diario El Tiempo; Elvira Forero H. directora del ICBF; Guillermo Prieto – Pirry – Periodista de RCN; Rodrigo Pardo, director de la revista Cambio; Alejandro Santos R. director de la revista Semana; Yamid Amat, director de CM& La Noticia; David Luna y Simón Gaviria, Representantes a la Cámara y Gilma Jiménez Concejal de Bogotá, coordinadora del Referendo.

Este Referendo Constitucional se hace en memoria de María José, de 15 meses; Angie, de 18 meses; Camilo, de 2 años; Andrés, de 3 años; Mariana, de 4 años; Valentina, de 6 años, y Catherine, de 9 años. Además de ellos, cientos de niños más asesinados en episodios de violencia sexual y maltrato severo,

y de los miles que han sido y son víctimas de los delitos que se busca castigar severamente.

En Colombia, 40 de cada cien habitantes son menores de edad. De este grupo, 14 millones son menores de 14 años. Y aunque para esta población la Constitución ordenó prevalencia de sus derechos, la realidad es otra”²⁹.

Bajo esta perspectiva de histeria, ansiedad, clamores populares, oportunismos políticos y despliegue mediático, comienza a configurarse lo que la sociología anglosajona ha denominado “populismo punitivo”. En efecto, las medidas de política-criminal diseñadas para “combatir” el fenómeno de la criminalidad han demostrado ser obsoletas, por ello, ahora es la gente del “común” la que debe decidir cómo y qué tanto se debe castigar. Sobran los debates, los estudios y las consultorías, la gente “de la calle” sabe cuál es el problema y cuál es la solución.

Desde esta óptica, seguidamente se abordará el concepto de populismo punitivo con el fin de precisar cómo desde una perspectiva populista, la “verdad” que se construye frente a la cuestión penal constituye no sólo el acicate de reformas penales o mayores réditos electorales, sino también la posibilidad de que el ciudadano participe activamente en la configuración de la política-criminal.

²⁹ Ibíd. Frente a los actos de homenaje son ilustrativos casos como los homicidios de la hija de Mike Reynolds en Fresno California citado en PRATT, JHON. *Penal populism*, p. 19; o el hijo de Carlos Blumberg (Axel Blumberg) a manos de sus captores el 17 de marzo de 2004 en Argentina, narrado en BENÍTEZ, VÍCTOR HUGO. “Howard Saul Becker, “los instigadores de la moral”, el cruzado reformador y Juan Carlos Blumberg” publicado en el sitio <http://www.pensamientopenal.com.ar>, website consultado el 11 de octubre de 2008.

C. Populismo punitivo y cadena perpetua

1. Populismo punitivo: precisiones para el caso colombiano

Comencemos con una aproximación al concepto de populismo desde la antropología. Para ésta “el populismo constituye un mito que pretende resolver los problemas por la sola magia del discurso y sus representaciones. Promete un supuesto acercamiento del pueblo al poder político, garantizando lo imposible: la esperanza de representarlo todo, de encarnar el pasado, la tradición, la nación, la continuidad histórica, involucrando al mismo tiempo el cambio y la modernización plena hacia el futuro.”³⁰

Así, se podrá entender por populista todo aquel acercamiento de los políticos al pueblo (entiéndase electorado) con el fin de legitimar sus decisiones en la acogida que tenga una propuesta determinada tanto a nivel de captación de votos, como de insinuación de valores, temores o consensos en la opinión pública a través de los medios de comunicación. En este sentido, un político populista no tendría por qué preocuparse si sus propuestas carecen de unos mínimos axiológicos que las respalden desde un punto de vista normativo. Al político populista, lo que le importa es que se generen consensos en torno a una decisión política que él pretende que se adopte o que está por tomarse, o que ya fue tomada y requiere respaldo popular.

De tal suerte, la creación de consensos entre el electorado y la opinión pública puede asumir modalidades diversas. Ello no quiere decir que pueda hablarse de populismo propiamente dicho en todas las facetas de la política; el manejo populista de una problemática requiere que el asunto sobre el cual se va a decidir permita el uso de un lenguaje de fácil comprensión para el grueso de la población, tal vez por ello sería difícil hablar de populismo tratándose, por ejemplo, de asuntos de política fiscal. En cambio, lo referente a la cuestión penal, esto es, lo relacionado con los delitos, las penas y los procedimientos por medio de los cuales se va a enjuiciar al presunto infractor, es algo que suscita no solo consensos, sino también pasiones y simpatías entre la población.

³⁰ ARTEAGA BOTELLO, NELSON. “Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México”, p. 45. Ver también en su edición digital <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/138/13802402.pdf> Documento consultado el 9 de diciembre de 2006.

Por la anterior precisión, es por la que es posible hablar de un tipo concreto de populismo al que se denomina *punitivo*, que es aquel que se utiliza para designar la manera como se abandona el acompañamiento de los *expertos* en el control de la criminalidad y se adopta, en cambio, un manejo completamente politizado de la cuestión penal³¹. La cuestión penal (léase penas, delitos y procedimientos), de ser un asunto de expertos (criminólogos, sociólogos, trabajadores sociales, etc.), pasa a ser una cuestión de sentido común, razón por la cual todos los ciudadanos están llamados a participar en la ejecución de la política-criminal que trazan los Estados.

Sería un despropósito presentar un concepto como el de “populismo punitivo” sin unas precisiones mínimas de tipo histórico, razón por la cual, se expondrá el contexto que dio lugar al manejo populista de la cuestión penal en países como Estados Unidos e Inglaterra. Del mismo modo, se señalarán las principales consecuencias que, en términos de diseño de programas de política-criminal, han arrojado un manejo populista de la cuestión penal, por último, se hará una precisión conceptual de cara al caso colombiano.

La paulatina sustitución de la resocialización por la incapacitación de los delincuentes hunde sus raíces, según GARLAND³², en la llamada crisis del welfarismo penal a finales de la década de 1960 y comienzos del decenio correspondiente a 1970 en sociedades como la estadounidense y británica. Este fenómeno supuso que los presupuestos en los que se fundaba el andamiaje institucional de “expertos” en el control del delito, fueran desdibujándose poco a poco tras los llamados que se hicieron, tanto de izquierda como de derecha, a un control más eficaz de la criminalidad sin sacrificar los derechos fundamentales del delincuente.

Una posición de izquierda diría que resulta atentatorio de la dignidad humana pretender cambiar al individuo, sobre todo, si hablamos de un derecho penal que se basa en los actos y no en los sujetos. Por su parte, la nueva derecha asumió que, además de costoso, el extenso sistema de expertos encargados de la cuestión penal, resultaba marcadamente ineficaz.

³¹ GARLAND, DAVID. *La cultura del control*, pp. 48-50.

³² *Ibíd.*, pp. 246-273; GARLAND, DAVID. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, pp., 226-240.

Aunado a lo anterior, se presenta la crisis generalizada del Estado de Bienestar. El complejo Welfare no se desmoronó de manera insular; la llamada crisis fiscal determinó en gran medida que el welfarismo penal empezara a ser revaluado. Siguiendo a O'Connor, IÑAQUI RIVERA³³ sostiene:

"(...) esas crisis (que en el fondo son derivaciones de la crisis fiscal del Estado) se agravan cuando la actividad privada pretende apropiarse del poder estatal para la defensa de sus propios intereses de acumulación. La lucha que presentan las reivindicaciones de sectores particulares y corporativos (empresas y sindicatos) son un claro exponente de que esa lucha se dará en un terreno político.

Ahora bien, si ese panorama ya se vislumbraba como estructuralmente contradictorio en los años 60 y primeros 70 (...), dicha crisis mostró los límites de las políticas *keynesianas* del Estado Social para afrontar la recesión económica, la inflación y el desempleo".

ELENA LARRAURI³⁴ sostiene que el fenómeno del populismo punitivo surge en un contexto de neoliberalismo económico, tendencia que acentúa, en gran parte, las desigualdades sociales al tiempo que propicia "el surgimiento de sentimientos de ansiedad, producto de la inestabilidad del mercado laboral presente y futuro (los cuales se entienden como favorecedores de sentimientos punitivos)"³⁵. Y en una especie de paradoja, a un modelo de libre mercado como el propugnado por el neoliberalismo económico, le es aparejado un modelo punitivo altamente represivo a partir del cual el binomio seguridad/libertad se presenta en una relación inversa, es decir, una suerte de asimetría entre libertad económica y derechos civiles, políticos y sociales³⁶.

Ahora bien, si hemos de hallar la ruptura que posibilitó la adopción de un sistema penal (y concretamente de un sistema punitivo), basado en

³³ RIVERA BEIRAS, IÑAQUI. "La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea", p. 222.

³⁴ LARRAURI, ELENA. "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", p. 16.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ RODRÍGUEZ CÉSAR y UPRIMMY, RODRIGO. "¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina", en http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=104:neoliberalismoylareformajudicial&catid=10:textosjuridicos&Itemid=7, web site consultado el 20 de octubre de 2008

la incapacitación del delincuente y no en la resocialización del mismo, ese punto de quiebre debe ser ubicado en la crisis del Estado de bienestar. Pero esta crisis, por sí misma, no trajo aparejada por antonomasia la *cultura del control* de la que habla Garland³⁷, esta nueva visión sobre la penalidad (donde la cuestión penal es un asunto sujeto a los vaivenes de la opinión pública), coincidió con el surgimiento y posterior desarrollo de la llamada *criminología de la intolerancia* y las consecuentes propuestas de política criminal a las que dichos postulados dieron lugar³⁸.

2. Consecuencias político criminales del populismo punitivo

La criminología de la intolerancia, en sus distintas variantes³⁹, representó la manera como entraría en escena el realismo criminológico. El llamado realismo de derecha –principalmente- supondría un regreso a la clásica percepción sobre el delito y el delincuente, donde aquel implica un daño efectivo, y éste es asumido como un individuo peligroso.

“Para decirlo en pocas palabras, tal vez sería más preciso identificar en ellos la exposición del pensamiento “tradicional” frente al castigo penal, el orden social y las instituciones establecidas, la protección a la víctima y la sociedad, el desprecio a los delincuentes, necesariamente ligados a las clases bajas, y la consideración de los delitos callejeros violentos (robo, hurto, asalto) como los únicos delitos de importancia”⁴⁰.

³⁷ GARLAND, DAVID, *La cultura del control*, pp. 263-265.

³⁸ RIVERA BEIRAS, IÑAQUI. *Recorridos y posibles formas de penalidad*, p. 110.

³⁹ Dentro de esas variantes tenemos: las leyes de los three strikes, consistentes en que ante la condena por tres delitos (en algunos casos meras bagatelas), al infractor reincidente le sería impuesta la pena de prisión a perpetuidad; discursos de ley y orden, donde se declaran guerras contra cierto tipo de delitos y son reivindicados los postulados decimonónicos de la responsabilidad estrictamente individual del delincuente, en otras palabras, al sujeto se le reprocha severamente por no haberse abstenido de delinquir pudiendo hacerlo y se configura con ello una noción de delincuente como sujeto racional que responde a la amenaza de la pena; y, ventanas rotas y tolerancia cero aludiendo a respuestas punitivas drásticas e intolerancia con cualquier infracción por ínfima que sea. ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO. “La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, pp. 269-275.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 260.

Como plantea GARLAND⁴¹, el viraje de la opinión pública de su tradicional enfoque “civilizado” sobre la cuestión penal, a un fortalecimiento del sistema penal representado en más delitos, mayores penas y procedimientos más expeditos, se presentó por múltiples razones, entre las cuales se destacan las siguientes: en primer lugar, un incremento en los índices de victimización de las clases medias, las cuales hasta ese momento no habían sido muy afectadas por la criminalidad. Sin embargo, no se genera una preocupación uniforme con respecto a toda la criminalidad, la atención de la opinión pública empieza a ser dirigida por los medios de comunicación hacia cierto tipo de delitos, y más concretamente, hacia cierto tipo de delinquentes. Una suerte de miedo a los extraños donde,

“(…) La dinámica de las clases sociales de las décadas de 1980 y 1990 (que concentraba la pobreza y el desempleo de los jóvenes de los barrios degradados y especialmente de varones negros, intensificando su exclusión social y cultural y construyendo una imagen de ellos como una nueva clase extraña y peligrosa) tendía a exacerbar esos miedos. Las políticas sociales neoliberales que aumentaron la exclusión y empeoraron la situación económica de ciertos grupos sociales, por lo tanto, crearon nuevos problemas de orden y nuevos miedos acerca de su mantenimiento (...)”⁴².

De esta manera, las relaciones entre el delito y la familia (representadas en aspectos como la inclusión de la mujer al mercado laboral, la migración masiva hacia los suburbios, la necesidad de emplear todo el tiempo fuera del hogar), hicieron que la prioridad sobre el control se trasladara al plano de la gestión de riesgos, es decir, a un manejo actuarial de los mismos. En consecuencia, el riesgo de sufrir atentados contra el patrimonio económico en los hogares por la ausencia de un guardián, pues las mujeres tuvieron que salir a trabajar, o el hecho de que los organismos de seguridad públicos se mostraban francamente ineficaces en la prevención del delito, suscitó “la reacción psicológica de los individuos frente a esta nueva situación”⁴³.

En segundo lugar, ese riesgo de victimización interiorizado por los individuos junto al llamado por Garland, “déficit de control”, procuró que las personas percibieran serias falencias por parte de los tribunales

⁴¹ GARLAND, DAVID. *La cultura del control*, pp. 254-272.

⁴² *Ibíd.* p. 256.

⁴³ *Ibíd.* p. 259.

en la respuesta a problemas (como hurtos callejeros) que aunque al ser comparados con delitos mucho más graves, no revestían mucha importancia, para el ciudadano representaban un riesgo efectivo, un problema real y no una cuestión de mera estadística.

En tercer lugar, al considerar el impacto de los medios de comunicación en las percepciones que en lo sucesivo tendrían las personas sobre el delito, es decir, la manera como la televisión –principalmente- transmite los distintos dramas de las víctimas a las demás personas, quienes empiezan a reconocerse en la persona del ofendido. Este protagonismo del delito como elemento determinante de *rating* televisivo, empieza a reformular los terrenos de las materias que pueden ser tratadas por los políticos. En otras palabras, se genera una instrumentalización de los miedos, las ansiedades y las pasiones de las personas para obtener una mayor posibilidad de éxito en las campañas políticas, como diría CHRISTIE se “gobierna por medio del crimen” a partir de la creación de enemigos convenientes⁴⁴.

“Las guerras no siempre son tan malas para aquellos que no están obligados a pagar el precio más directo de participar en ellas. Los enemigos no son siempre una amenaza, pueden ser de suma utilidad. Los enemigos congregan, permiten que las prioridades se cambien, hacen posible que se concentre la atención alrededor de ciertos problemas y que se olvide todo lo demás. (...)”

Los buenos enemigos son *odiados* por la población, cuanto más odiados, son mejores. Eso une a la población.

Los buenos enemigos *lucen fuertes*. Eso moviliza. Pero en realidad, el enemigo *debe ser* más bien débil, de manera que no represente un peligro real para los que están en el poder.

Los buenos enemigos *no están claramente definidos*. Eso permite mantener una guerra indefinidamente. Algunos de ellos pueden incluso ocultarse en la oscuridad”⁴⁵.

3. Precisión conceptual

Existe un relativo consenso entre los autores en que el concepto de populismo punitivo remite por lo menos a dos aspectos: por un lado, a

⁴⁴ CHRISTIE, NILS. “El Derecho Penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización”, pp. 53-55.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 53-54.

un uso electoral del derecho penal por parte de los políticos, o como diría LARRAURI siguiendo a Bottoms, “populismo punitivo se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y, que hay unas ganancias electorales producto de este uso”⁴⁶.

Por otro lado, bajo la égida de que el “problema es de todos” y que el sentido común puede proveer lo necesario para resolver los problemas de la gente ordinaria⁴⁷, se rehúsa al acompañamiento de expertos y en su lugar se apela al “pueblo” para que defina los problemas que le conciernen así como la manera como deben ser afrontados. En otras palabras, como diría PAVARINNI, sobre la cuestión carcelaria en una óptica populista,

“No demuestra ningún embarazo frente a la cárcel. Está segur(a) de la utilidad de la pena detentiva, aun cuando invoque nuevas modalidades de su aplicación. Esta nueva idea de penalidad aparece frecuentemente burda en sus simplificaciones extremas y generalmente no le agrada engalanarse en disertaciones académicas (...). Ella se expresa en los discursos de la gente (...). Y le habla directamente a la gente en las palabras de los políticos (...) y fundamentalmente a través de los medios masivos de comunicación; pero se difunde y termina por articularse en tópicos que encuentran -o tratan de encontrar- también una legitimación científica. Y obviamente no falta quien se aventure científicamente en esta empresa. Actualmente se está difundiendo una cultura populista de la pena, que plantea, quizás por primera vez, la cuestión de una penalidad socialmente compartida desde abajo”⁴⁸.

En el mismo sentido, para Díez RIPOLLÉS⁴⁹ un manejo populista de la cuestión penal puede encontrarse en la revalorización del componente afflictivo de la pena o en el hecho de que se dé plena validez a sentimientos que, como la venganza de las víctimas, antes no contaban con tal respaldo. Y no sólo eso, en consonancia con lo planteado por Pavarinni,

⁴⁶ LARRAURI, ELENA. iPopulismo punitivo... y cómo resistirlo!, en *Jueces para la democracia*, p. 15.

⁴⁷ PRATT, JHON. *Penal populism* cit., p. 10. “(...) there is a commonsensical anti-intellectual nature to penal populism. (...)”, p. 17.

⁴⁸ PAVARINNI, MASSIMO. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, p. 124.

⁴⁹ Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUÍS. *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*, p. 31. En: http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf, website consultado el 15 de octubre de 2008.

“El manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate políticocriminal, ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiera cabido esperar de la directa implicación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifica cualquier postura que conlleve una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata. El afán por satisfacer antes y más que el otro las más superficiales demandas populares, ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen”.⁵⁰

Finalmente, en la bibliografía arriba enunciada sobre populismo punitivo los autores parecieran plantear una suerte de nostalgia por lo que sería una edad de oro de la penalidad. Evocación, que en palabras de MÁXIMO SOZZO⁵¹, es muy peligrosa pues mistifica la naturaleza de la institución carcelaria que, en términos foucaultianos⁵², no supone más que una transición de la vieja idea normalizadora a una prisión-jaula o prisión depósito⁵³.

Lo expuesto hasta ahora corresponde, en gran medida, al fenómeno del populismo punitivo en el marco de sociedades como la inglesa y la estadounidense, en las cuales, en la medida en que era desdibujado el Estado de bienestar, paralelamente, se desmontaba todo el andamiaje institucional de “expertos” en las cuestiones penales, y la solución a éstas empezaba a ser parte del sentido común de las personas. Sin embargo, al revisar –debemos admitirlo– el caso colombiano, es posible advertir una situación un tanto diferente.

En Colombia no se ha tomado, hasta ahora, *en serio* el ideal resocializador, como sí ha ocurrido en países como Inglaterra, Estados

⁵⁰ DIÉZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *La política criminal en la encrucijada*, p. 82.

⁵¹ SOZZO, MÁXIMO. “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina”, p. 112.

⁵² FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión*, pp. 273-277 y 300-314.

⁵³ SOZZO, MÁXIMO. “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina”, p. 112.

Unidos o algunos otros de Europa del Norte. Si bien nuestros códigos penales le han atribuido a la pena de prisión una función resocializadora, las condiciones fácticas de nuestro sistema carcelario nunca han permitido un acercamiento, ni siquiera próximo, a la realidad de los sistemas carcelarios ingleses o estadounidenses.

Como sostiene SOTOMAYOR ACOSTA⁵⁴, hay que ser cautos en el uso de un concepto –y en general de todos los conceptos– que, como el de populismo punitivo, tiene unas condiciones de emergencia determinadas por un contexto político, económico y social muy específico⁵⁵. Dice este autor⁵⁶,

“De todas maneras, se debe matizar el uso de la expresión, o tal vez hablar de populismo punitivo “a la colombiana”, pues el fenómeno parece obedecer a razones que nada tienen que ver con las que lo han originado en otros países: no es resultado del desmonte de un Estado de bienestar impensable en un país como Colombia, ni es tampoco la respuesta a un aumento real de la criminalidad, mucho menos a un aumento de confianza en el sistema penal y ni siquiera a una política-criminal orientada realmente a un mayor control de la delincuencia”.

Así las cosas, el populismo punitivo es un concepto que da cuenta tanto de la instrumentalización política (léase electoral) de la cuestión penal, como de la participación activa del ciudadano en el diseño de la política-criminal⁵⁷. De esta forma, quedan contorneados los límites del concepto en mención; a continuación, se intentará una aproximación a la forma como se elaboran discursos y construyen “verdades” en torno a problemas tan cruciales como las consecuencias jurídicas de los delitos, desde el “sentido común” y recurriendo a un manejo populista de los problemas penales.

⁵⁴ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. “Las recientes reformas en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, pp. 105-106.

⁵⁵ De manera similar, al abordarse el tema de la dogmática jurídica como dispositivo amplificador del curso legal MUÑOZ, JULIÁN ANDRÉS. “La dogmática como comentario a la ley”, pp. 105 - 119

⁵⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. “Las recientes reformas en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa”, p. 106.

⁵⁷ No puede ser otra la interpretación cuando por vía de referendo se pretende que sean precisamente los ciudadanos quienes determinen si es conveniente o no instaurar la pena de prisión perpetua para ciertos delitos.

4. Sentido común y construcción de la “verdad” frente a la cuestión penal

Un estudio más o menos riguroso del concepto de “populismo punitivo” y sus respectivos matices para el caso colombiano, permite inferir que el recurso al sentido común de los ciudadanos es requisito necesario y suficiente para definir la cuestión penal en términos de delitos, penas y procedimientos. En otras palabras, conforme a la lectura populista de algunos episodios (como el abuso o la muerte de niños), se puede concluir que sobran los debates, las discusiones y, en general, cualquier tipo de análisis frente a la idoneidad de una reacción punitiva como la cadena perpetua⁵⁸.

Ahora bien, si se trata de mostrar la manera como un manejo populista de la cuestión penal termina por construir “verdades” (y los efectos que ello produce) frente a materias que en principio estarían relegadas a “expertos”, lo más indicado es precisar qué se entiende por “verdad”. FOUCAULT⁵⁹, la define como “un conjunto de procedimientos reglamentados por la producción, la ley, la repartición, la puesta en circulación, y el funcionamiento de los enunciados. La verdad está ligada circularmente a los sistemas de poder que la producen y la mantienen, y a los efectos. Poder que induce y que la acompañan. Régimen de verdad”.

Estas sutilezas sobre verdad y verdades, discursos o relaciones entre saber y poder, no tendrían mayor importancia de no ser por los efectos que en términos de prácticas punitivas suscitan. En definitiva, al asumir que basados en el sentido común podemos conceptualizar frente a las consecuencias de un delito, o que el sentido común introduce un orden discursivo al que necesariamente tendrían que plegarse quienes se refieran al tema de la cadena perpetua, la construcción de “verdades”, lejos de ser algo anodino, sienta las bases para que el discurso en torno a la cuestión penal tenga que ser necesariamente vulgarizado.

⁵⁸ Frente a la idoneidad de las sanciones penales debe precisarse qué se pretende al imponer penas, pues si la finalidad perseguida es reaccionar en una estricta lógica retributiva, las críticas a la cadena perpetua estarían dirigidas en clave de merecimiento y proporcionalidad entre el delito cometido y la pena impuesta. En cambio, si la finalidad es preventiva, la idoneidad debería predicarse en términos de qué tan efectiva es la imposición de una pena a efectos de prevenir futuros delitos.

⁵⁹ FOUCAULT, MICHEL. “Verdad y poder”, p. 199.

Además, desde dicho enfoque, un referendo constitucional da un desafortunado tinte democrático a esos temas. Apelar a la democracia directa presupone una ciudadanía informada y consciente de los efectos de sus decisiones. Sin embargo, en sociedades donde se deja librado un tema político-criminal tan delicado como la decisión sobre si es o no conveniente instaurar la cadena perpetua al azaroso y voluble criterio de las mayorías, es factible predicar que tales sociedades se rigen bajo una lógica de participación manipulada o manipulación del consenso⁶⁰, pues este tipo de decisiones, por definición, requieren un mínimo de debate y deliberación que permita determinar o no su conveniencia, y si algo caracteriza una decisión por vía de referendo es la ausencia de debate y discusión.

Los juegos de producción de verdades desde un manejo populista de la cuestión penal arrojan como resultado, no sólo la creación y difusión de discursos de diferenciación y exclusión, también la puesta en marcha de prácticas punitivas que complementan tales discursos⁶¹. A modo de ejemplo, la creación de un discurso "verdadero" sobre una forma de penalidad como la prisión perpetua (su merecimiento por los violadores o los homicidas de niños), no se queda en histéricas reacciones de políticos⁶² o medios de comunicación, adicionalmente induce prácticas concretas como una reforma constitucional.

⁶⁰ YTURBE, CORINA. *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, pp. 144-177.

⁶¹ MUÑOZ TEJADA, JULIÁN ANDRÉS. "Doctrina de la seguridad nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas", cit.

⁶² Al respecto, las declaraciones de la concejala Gilma Jiménez y los congresistas David Luna, Simón Gaviria y Hernán Andrade: "La concejala Gilma Jiménez, quien impulsa un referendo para reformar el artículo de la Constitución que prohíbe la cadena perpetua y establecerla únicamente para violadores y asesinos de menores, no pudo ocultar su indignación. "¿Cuántos muertos más necesitamos para que esta sociedad tome conciencia sobre la importancia que tienen nuestros niños?", preguntó. En similar sentido se pronunciaron los representantes Simón Gaviria y David Luna, quienes han respaldado la iniciativa, para la cual se vienen recogiendo las firmas requeridas desde hace tres meses. "Lo mínimo que podemos hacer los congresistas frente al cruel asesinato de un bebé como Luis Santiago es aprobar la cadena perpetua para violadores, abusadores y asesinos de niños", dijo Gaviria, e incluso opositores de la medida, como el presidente del Congreso, Hernán Andrade, cambiaron de opinión: "Así como están las cosas, hoy mismo votaría la cadena perpetua". En: http://www.cambio.com.co/portadacambio/796/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4579276.html, web site consultado el 21 de octubre de 2008.

D. Conclusión

Desde esta perspectiva, el populismo punitivo o –como diría PAVARINNI– la penalidad compartida desde abajo, no sólo son problemáticos por el altísimo grado de improvisación respecto de las cuestiones penales, sino que configuran todo un juego de producción de “verdades” que da al traste con cualquier abordaje que pretenda ofrecer un mínimo de contención y racionalización del poder punitivo.

La “verdad” del discurso populista y el recurso constante al “sentido común” para hablar de la prisión no pueden ser más desafortunados. Una vulgarización del discurso carcelario, es la que ha permitido que sea la “gente” la que decida cuándo es o no conveniente una medida de la drasticidad de la prisión. Más aún, la “verdad popular” será la que determine si es o no conveniente que se imponga la prisión perpetua.⁶³

Estamos frente a una verdad construida a fuerza de quimeras, frente al desprecio del más elemental sentido de humanidad, aquel que implica la puesta en marcha de prácticas completamente bárbaras (no es que las existentes lo sean menos), que cuenta con la venia de un estribillo que no podría ser más molesto por lo que esconde y por lo que implica: “los buenos somos más”. Esta “verdad”, y sus efectos, en términos de prácticas punitivas, conduce a un manejo populista de la cuestión penal y más concretamente de la cuestión carcelaria.

La “verdad popular” sobre el castigo, renuncia a cualquier tipo de límite frente a su imposición. Basta saber que la decisión fue adoptada “democráticamente”, para silenciar y dejar sin valor las pequeñas disidencias. De nuevo, “los buenos somos más” y como somos más, podemos hacer lo que queramos. El valor de la libertad y la vida ajenas es visto con desdén por quienes claman por la cadena perpetua. Este dispositivo de verdad mayoritario blindo por todos los flancos posibles las decisiones que se adopten en el seno de las mayorías.

Finalmente, contrario a la posición de que las medidas punitivas pueden tomarse sin tener que remitirse a un órgano consultivo que las avale, debemos tener en cuenta la ley 888 de 2004, en virtud de la cual se crea el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, organismo al

⁶³ Y asumo que, en un panorama tan maniqueo, la prisión perpetua será aprobada afirmativamente cuando sea sometida a referendo.

que corresponde asesorar al Estado en lo pertinente a la Política-criminal y penitenciaria.

De hecho, algunas de las funciones de este organismo, conforme al artículo 2 de la misma ley, están relacionadas con la realización o contratación de estudios para establecer las causas y dinámicas de la criminalidad y el nivel de cumplimiento de la proporcionalidad, eficacia de la misma y de los fines de la pena, así como diseñar con fundamento en estudios las bases y criterios para la política criminal y penitenciaria a mediano y largo plazo; y, emitir concepto sobre los proyectos de ley relacionados con la política criminal y penitenciaria formulada por el Estado.

En conclusión, la vinculación activa del ciudadano en el diseño de la política-criminal ejerce una terrible fascinación. La cuestión penal es definida por las mayorías y ello torna sus decisiones en una intocable “verdad” democrática. A medida que pasa el tiempo, las razones y voces de los “expertos” son más ajenas a la racionalidad del sentido común, que en todo caso siempre tendrán mejores perspectivas frente a los problemas y, en consecuencia, soluciones más idóneas frente a los mismos.

Bibliografía

ADARVE CALLE, LINA y GONZÁLEZ ZAPATA, JULIO. *Informe final de la investigación El Código Penal de 1980: antecedentes y contextos mirados desde la política criminal colombiana*, Universidad de Antioquia, 2007, Artículo no publicado.

BECCARIA, CESARE. *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Editorial Temis, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. y HORMAZÁBAL MALARRÉE, HERNÁN. *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

CARRARA, FRANCESCO. *Programa de derecho criminal, parte general*, vol. II, Traducción de José Ortega Torres, Bogotá, Editorial Temis, 1995.

CHRISTIE, NILS. “El Derecho Penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización”, en *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal, 1998, pp. 45-69.

DIÉZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUÍS. *La política criminal en la encrucijada*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN. *Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002.

_____. “Verdad y poder”, en *Microfísica del poder*, edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, tercera edición, Madrid, Ediciones de la piqueta, 1992, pp. 185-200.

GARLAND, DAVID. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, estudio preliminar y traducción de Manuel A. Iturralde, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.

_____. *La cultura del control*, traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Editorial Gedisa, 2005.

GROSSO GARCIA, MANUEL SALVADOR. *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 1999.

JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS. *Tratado de derecho penal*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Editorial Colmares, 2002.

LARRAURI, ELENA. “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces para la democracia*, N° 55, Madrid, marzo de 2006.

LUMIA, GIUSEPPE. *Principios de Teoría Ideológica del Derecho*, duodécima reimpresión, traducción de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Debate, 1991.

MUÑOZ TEJADA, JULIÁN ANDRÉS. “Doctrina de la seguridad nacional. Relaciones entre saber y poder: discurso y prácticas”, en *Estudios de Derecho*, Medellín, Vol. 063, No.142, Universidad de Antioquia, Dic. 2006, pp. 187-209.

MUÑOZ TEJADA, JULIÁN ANDRÉS. “La dogmática como comentario a la ley”, en *Revista Jurídicas*, Manizales (Colombia), 4(1), Universidad de Caldas, Enero-junio 2007, pp. 105-119.

PAVARINNI, MASSIMO. *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, traducción de Máximo Sozzo y Magdalena Candiotti, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

PÉREZ TORO, WILLIAM FREDY. "Política-criminal y seguridad democrática", en *Revista Debates*, N° 39, Medellín, Universidad de Antioquia, septiembre-diciembre de 2004, pp. 59-70.

PRATT, JHON. *Penal populism*, London, Routledge, 2007.

ROXIN, CLAUS. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Introducción de Francisco Muñoz Conde, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

RIVERA BEIRAS, IÑAQUI. "La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea", en Iñaqui Rivera Beiras (coord.). *Política criminal y sistema penal*, Barcelona, Anthropos Editorial, 2005.

_____. *Recorridos y posibles formas de penalidad*, Barcelona, Anthropos editorial, 2005.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. "Las recientes reformas en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa", en *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, coordinadores: José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez, Buenos Aires, Editorial B de F, pp. 75-118.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Manual de derecho penal, parte general*, Bogotá, Editorial Temis, 2004.

WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, traducción de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

YTURBE, CORINA. *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, México, Universidad Autónoma de México, 2001.

ZIPF, HEINZ. *Introducción a la política criminal*, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Jaén, Edersa, 1979.

ZYSMAN QUIRÓS, DIEGO. "La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona", en *Política criminal y sistema penal*, pp. 269-275.

Cibergrafía

ARTEAGA BOTELLO, NELSON. “Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México”, en *Espiral: estudios sobre Estado y sociedad*, vol. VIII, N° 24, agosto de 2002, p. 45. Ver también su edición digital, documento consultado el 9 de diciembre de 2006 y disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/138/13802402.pdf>

BENÍTEZ, VÍCTOR HUGO. *Howard saul becker, los instigadores de la moral, el cruzado reformador y juan carlos blumberg*. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar>, website consultado el 11 de octubre de 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI, Polít. Crim.* N°5 (2008), A7-5, p. 31. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf, website consultado el 15 de octubre de 2008.

RODRÍGUEZ, CÉSAR Y UPRIMMY, RODRIGO. *¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina*, disponible en http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=104:neoliberalismoylareformajudicial&catid=10:textosjuridicos&Itemid=7

SOZZO, MÁXIMO. “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina”, en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. No. 1, Quito, mayo 2007.

http://www.juecesyfiscales.org/index.php?option=com_content&view=article&id=104:neoliberalismoylareformajudicial&catid=10:textosjuridicos&Itemid=7, web site consultado el 20 de octubre de 2008.

<http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=681976>, web site consultado el día 21 de octubre de 2008.

<http://es.wikipedia.org/wiki/Psicopat%C3%ADa>, web site consultado el 19 de octubre de 2008.

www.eltiempo.com, sección información general, fecha de publicación 9 de diciembre de 2000.

www.eltiempo.com, sección nación, Fecha de publicación 15 de octubre de 2003. Web site consultado el 19 de octubre de 2008.

www.eltiempo.com, sección nación, fecha de publicación 19 de junio de 2006. Web site consultado el 19 de octubre de 2008.

www.semana.com, buscar noticias, 25 de junio de 2008. Web site consultado el 19 de octubre de 2008.

<http://www.gilmajimenez.com/comunicado%20cadena%20perpetua%20luna%20y%20gaviria.htm>, web site consultado el 21 de octubre de 2008.

http://www.cambio.com.co/portadacambio/796/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_CAMBIO-4579276.html, web site consultado el 21 de octubre de 2008.